



Arléquin y su compañera (1901). Pablo Picasso (fragmento)

Sobre el fundamento de los derechos humanos.

Un problema de Moral y Derecho

Gregorio Peces-Barba Martínez I

Adela Cortina y Esperanza Guisan merecen este número que les dedica la revista *Anthropos*. Son dos catedráticos de Filosofía Moral con las que convivo en el área común de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Tuve además la satisfacción de formar parte de la Comisión que valoró su suficiencia para ser Catedrático de Adela Cortina y con ese motivo pude conocer a fondo su trabajo de investigación, sus publicaciones y su capacidad docente. También, desde que tuvo la amabilidad de invitarme a pronunciar una conferencia en su departamento conozco a Esperanza Guisan, sus escritos y sus libros. Estoy muy honrado, por consiguiente, en contribuir a este número tan justo y tan indicado. Lo voy a hacer con unas reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos, en la encrucijada entre la Moral y el Derecho, que es el núcleo de nuestra área de conocimiento, y el ámbito adecuado para una comunicación entre juristas y filósofos de la moral. No me siento vinculado ni identificado ver ninguna escuela, sin rechazar que otros puedan situarme en alguna. Ni me siento utilitarista ni tampoco kantiano de estricta observancia, ni en ninguna otra corriente de pensamiento. Tengo la impresión de que esa adscripción puede ser, en algún sentido excluyeme, y, quizás por mi talante, me gusta ser integrados. Las líneas que siguen son expresión de una reflexión de muchos años sobre el tema de los derechos humanos que ofrezco como contribución, como modesto homenaje a estas dos mujeres que honran a la Universidad con su trabajo y su dedicación.

II

La comprensión de la realidad es la única barrera para evitar su manipulación. Los derechos humanos no son una excepción, por el contrario tienen una dimensión en la historia moderna, una función y una influencia ideológica y emotiva ampliada por el poder de la

comunicación, que tienta a la manipulación pluriforme y que exige, como contrapunto, un gran esfuerzo de comprensión.

La manipulación puede venir de un uso puramente semántico del concepto, de una instrumentación política partidista e incluso de una negación de su valor al contraponerlos a otros valores o fines que se consideran positivos e incompatibles con los derechos humanos. El uso retórico y semántico se produce cuando desde unos fundamentos éticos diferentes de los que los generaron en la historia, y en un contexto político no democrático se pretende legitimar un poder con referencias a los derechos humanos y denominando como tales a realidades que no responden ni a su origen ni a sus finalidades. (El Fuero de los Españoles en la España franquista.)

La instrumentación política partidista se produce, cuando, sin ningún interés científico o filosófico para comprenderlos, se utilizan desde un sector como arma arrojada frente a otro o frente al Estado, a través de argumentaciones persuasivas que pretenden exacerbar sentimientos ó crear emociones para orientar las conductas en un determinado sentido. (Las referencias al tema de grupos como Herri Batasuna.)

La negación de su valor se produce cuando se consideran incompatibles con una finalidad importante, e incluso, se piensa que tienen como misión histórica la de hacerla imposible. La posición del Marx de «Sobre la cuestión judía» o de la revisión leninista de su pensamiento, son un ejemplo de esa línea.

Cuando se habla de comprensión de los derechos humanos se trata, a mi juicio, de explicarlos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho. Es una tarea que compete en primer lugar a la filosofía moral, política y jurídica, esta última, tanto en su dimensión de teoría de la justicia como de teoría del Derecho, y que se completa con la acción de diversas ramas de la ciencia jurídica, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho procesal, el Derecho del trabajo, e incluso el Derecho privado, civil o mercantil.

Se ha dicho que la función del pensamiento es integrar y, en este supuesto esa verdad aparece muy nítidamente. Cualquier intento de fundamentar o de explicar los derechos humanos exclusivamente desde alguno de esos puntos de vista, que son todos necesarios pero ninguno suficiente, conduce a reduccionismos que impiden la comprensión.

Así nos encontramos con aproxima-

ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

ciones que describen el funcionamiento del Derecho internacional de los derechos humanos, probablemente la más extendida, o de un Derecho Estatal, o de varios en una aproximación de Derecho comparado con sus fuentes, con sus garantías y técnicas de protección. Es un reduccionismo de la comprensión, que se agota en el análisis del Derecho positivo sin ahondar en sus fundamentos ni en sus orígenes, sólo se describe la función. Se contesta al «para qué» pero no al «por qué».

No cabe duda de que el desinterés por el fundamento filosófico y por la finalidad de ese Derecho positivo de los derechos humanos les vacía de contenido, y les puede reducir a una mera técnica de control social. Así, en una posición extrema, Luhmann, que limita a los derechos humanos a ser un elemento del sistema, imprescindible para su dinámica, una técnica operativa, alejada de cualquier connotación ética. En Luhmann el para qué se transforma en por qué. Se confunde la función con la fundamentación. Los derechos quedan reducidos a una fuerza sin conciencia.

Por otra parte, está muy presente en la cultura jurídica actual un reduccionismo, de signo totalmente diferente, que circunscribe el análisis para la comprensión de los derechos humanos, al punto de vista de la filosofía moral o de la Teoría de la justicia, a abstractos razonamientos. Sostiene que el fundamento de los derechos humanos es alcanzable sólo por la razón, y que comprensión y fundamentación, tal como ellos lo ven, son sinónimos. Toda la reflexión importante se agota en ese tipo de argumentación. Suelen llamar al resultado de sus pesquisas derechos morales. Aquí el por qué y el para qué, necesarios ambos para la comprensión, se reducen al por qué. Aquí se confunde la fundamentación con la función. E incluso, la fundamentación es abordada desde una perspectiva racional y abstracta, en esa tradición racionalista que, desde Descartes, desconsidera a la historia. Al apartar la dimensión diacrónica se pretende una fundamentación válida para cualquier tiempo histórico. También aquí hay un reduccionismo racionalista. El producto de ese tipo de planteamientos, no sólo convierte la comprensión en fundamentación, sino que ciñe ésta a su cara racional. Los derechos son un espíritu sin fuerza y retrocedemos en la historia; volvemos al momento dogmático previo a la tolerancia y a la distinción de Tomasio entre Derecho y moral. Por otra parte, como veremos al distinguir los diferentes sentidos del término «libertad» es difícil considerar a la libertad jurídica, es decir, a los derechos huma-

ANÁLISIS TEMÁTICO

nos como innatos o previos, lo que es imprescindible para su calificación de derechos morales. La única libertad previa, veremos, es la libertad de elección que es un dato de la condición humana. La fundamentación moral de los derechos humanos¹, tiene otra raíz distinta, basada en una necesidad para la realización de la moralidad en el hombre que pasa por la posibilidad del dinamismo que va de la libertad de elección a la libertad moral, que no es previa, sino un objetivo a alcanzar.

Con los derechos humanos fuerza sin conciencia y con los derechos humanos espíritu sin fuerza, de nuevo parecemos condenados a no traspasar el círculo agotado y estéril del positivismo y del iusnaturalismo.

La superación sólo puede venir de la integración entre el espíritu y la fuerza, de un análisis en la intuición de Pascal, que ponga juntos la reflexión de la filosofía moral, política y jurídica, como Teoría de la justicia, y que nos descubra el fundamento del espíritu de los derechos humanos y la reflexión de la Filosofía jurídica, como teoría del Derecho, complementada por las diversas ramas de la ciencia jurídica, que nos descubra la estructura y la función de la fuerza jurídicamente organizada en derechos fundamentales integrados en el Derecho positivo.

Cuando hablo de comprensión de los derechos humanos me refiero a esta compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos. Es un punto de encuentro entre Derecho y Moral, quizás el más relevante de todos, o dicho de otra manera el que se sitúa en el Derecho en el nivel superior del Ordenamiento, y en la moral plantea los problemas centrales.

La fundamentación de los derechos humanos está en el primero de los dos niveles, pero no es una actividad aislada y que se agota en sí misma. Está conectada con la idea de que los derechos humanos no se completan hasta su positivación, y tiene que contar con esa dimensión de la realidad. Fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno que se explica sólo plenamente cuando está incorporado en el Derecho positivo, aunque su origen se encuentre en el plano de la moral. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada, forman el objetivo integral de los derechos humanos y al fundamentarlos se debe tener presente, abarcándolo en toda su extensión, su contenido integral. No tendrá en este planteamiento sentido hablar de la fundamentación de un derecho que no sea susceptible después, en ningún caso, de integrarse en el De-

recho positivo. Si llegamos a la conclusión de que una pretensión justificada moralmente y con una apariencia de derecho fundamental en potencia no se puede positivizar por su imposible contenido igualitario, y por consiguiente por no poder atribuirse a todos como titulares en iguales condiciones, o porque la escasez lo hace igualmente imposible, no podríamos considerar relevante esa fundamentación, como la de un derecho humano.

III

Siempre me ha parecido arbitraria una fundamentación de los derechos humanos cerrada en una pretendida reflexión racional y abstracta. Incluso la más pura fundamentación exclusivamente racional es, necesariamente también, una fundamentación histórica, situada en un momento histórico concreto. Todas se producen en el mundo moderno, porque sólo desde sus premisas económicas, sociales, culturales y políticas, es pensable una argumentación sobre derechos humanos. Ni en la Edad Antigua, ni en la Edad Media se habla de este concepto. No es que no hubiera conciencia de la dignidad humana, ni se hubiese reflexionado sobre la libertad o sobre la igualdad en alguna de sus dimensiones, sólo que estos materiales no habían encontrado todavía el catalizador que les transformase en la idea de los derechos y los vinculase al Derecho positivo. Sin organización económica capitalista, sin cultura secularizada, individualista y racionalista, sin el Estado soberano moderno que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, sin la idea de un Derecho abstracto y de unos derechos subjetivos, no es posible plantear esos problemas de la dignidad del hombre, de su libertad o de su igualdad desde la idea de derechos humanos, que es una idea moderna que sólo se explica, en el contexto del mundo, con esas características señaladas, con su ínterin-fluencia y con su desarrollo, a partir del tránsito a la modernidad. Fundamentar los derechos humanos en un momento histórico anterior, es como intentar alumbrar con luz eléctrica en el siglo XVI.

La actividad racional es imprescindible para fundamentar los derechos humanos pero no debe ser una razón en el aire, que malgaste sus esfuerzos, sólo puede ser razón en la historia, que intente descubrir las causas de la aparición de los derechos humanos y las razones que tuvieron los hombres desde el siglo XVI, para pensarlos y para impulsarlos en la realidad. Sólo con esos datos, y partiendo de ellos, podrá hacer los es-

fuerzas de abstracción y de generalización propios de un análisis de ese tipo. Desde ese punto de vista, y sin poder reproducir aquí todos los materiales, algunos de ellos ya publicados, ni todos los procesos de argumentación que me han llevado a estas conclusiones, puede ser útil señalar las más importantes, que ayuden a entender mi punto de vista, y el puesto que ocupa en él la tipología de la libertad con la que voy a concluir estas reflexiones.

1) Los derechos humanos aparecen en el proceso de formación del mundo moderno. Son influidos en su configuración por los rasgos generales del tránsito a la modernidad y a su vez, sin duda influyen en ellos. No son producto abstracto de una reflexión racional sobre el individuo y su dignidad sino respuesta a situaciones concretas en las que éstos estaban menoscabados o disminuidos, en el Estado absoluto y en el contexto de las guerras de religión en que desemboca, en el siglo XVI, la ruptura de la unidad religiosa. Cuando el profesor Muguerza dice que, negada la fundamentación desde el consenso, hay que intentarlo desde el disenso, probablemente se está pretendiendo decir algo distinto, pero no cabe duda que, históricamente, los derechos son expresión del disenso, fundamentalmente entonces, de sectores de la burguesía comercial, del funcionariado —noblesse de robe— y de las minorías religiosas, ante tres dimensiones concretas de la realidad del incipiente Estado moderno como Estado absoluto:

a) La intolerancia y la imposición por la fuerza de una creencia religiosa («cuius regio eius religio» había sido el principio aportado por la paz de Ausburgo para solucionar el tema).

b) La concentración del poder en manos del Monarca absoluto, legitimado por el origen divino, por la tradición histórica, o por el carisma del titular de la Corona, no siendo incompatibles esas formas de legitimidad que podían concurrir en un mismo supuesto.

c) La situación del Derecho penal y procesal, la falta de independencia de los jueces, la utilización de la tortura como pena y como medio de prueba, y la falta de seguridad y de un proceso igual para todos.

2) Ante esas tres situaciones, e influyendo además de la razón ya indicada, otras como el interés de la burguesía, no sólo por estar protegida y segura coa el poder, sino por participar en su formación y en su actuación, la propia dinámica del incipiente capitalismo, la im pronta del protestantismo, especialmente de las sectas minoritarias, y otras mu-

chas que aportarán numerosos matices, los derechos humanos son respuesta inmediata y concreta. Se puede también señalar que las tres situaciones derivan de una principal: la hegemonía del poder absoluto. El disenso lleva a la tolerancia al contrato social y a la separación de poderes y á la lucha por humanizar el Derecho penal y procesal.

La tolerancia será origen de la libertad religiosa y de las libertades de pensamiento y de conciencia, el contrato social como justificación consensuada del poder, y la separación de poderes estarán en el origen de los derechos de participación política y la lucha por humanizar el Derecho penal y procesal en el de las garantías procesales.

Así, los primeros derechos que aparecen en la historia, individuales, políticos y procesales, y que constituyen el núcleo de las declaraciones de la Revolución liberal, no son producto de una gran reflexión racional, sino respuesta a una situación concreta existente en Europa y en las colonias de los países europeos, en los siglos XVI y XVII. Es verdad que, sin embargo, esas situaciones serán valoradas desde unas ideas generales, y que de esa deliberación, y no de los puros hechos, surgirá el consenso sobre el catálogo inicial de los derechos humanos.

Todo intento de fundamentación racional de los derechos deberá tener en cuenta este arranque histórico, desde el disenso, con la situación jurídica y política del Estado Absoluto.

3) Con unos matices que ya he explicado en mi artículo sobre «El puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», al que me remito (*Anuario de Derechos Humanos* [Universidad Complutense], n.º 4, Madrid, 1987), se puede explicar la evolución histórica posterior desde tres procesos: positivación, generalización e internacionalización, a los que añade Bobbio el de especificación para expresar la concreción, desarrollo y ampliación de los derechos en su formulación histórica. Con el estudio de estos procesos se llega hasta nuestros días y a partir de ellos se puede intentar lo que Kant llamaba una historia profética, apuntando las posibles líneas de evolución, en el futuro, de los derechos humanos.

En todas las etapas de estos procesos históricos, contexto económico, social, político y jurídico que propicia la aparición de la idea de derechos humanos, ámbitos en los cuales la discrepancia con la realidad lleva al disenso y a proponer alternativas desde ese punto de vista, y líneas generales de evolución de los derechos hasta nuestros días, su estudio



Aritsuñi y/ súi ca/npatiara (1 HI L Feüa FXLÜSÜ (IragmBnia)

supone una reflexión racional, en el contexto del complejo método de estudio de la historia, para averiguar las causas concretas que los explican. Es, sin duda, una actividad racional, pero la acción de la razón no se agota ahí. Si afirmásemos eso nos situaríamos en una dimensión historicista.

Cabe además una reflexión racional que busque el por qué abstracto de los derechos humanos, su fundamentación ética, como dice el Prof. Fernández, que puede hacerse de espaldas a todo el material apartado por la reflexión histórica, que debe tenerlo en cuenta como objeto de su indagación, aunque pueda «elaborarlo, construir modelos abstractos y generalizar esas dimensiones de experiencia».

Fundamentación de los derechos humanos supone análisis racional y construcción de hipótesis sobre el objeto histórico dado y no prescindiendo de él, incluyendo su necesaria vocación para su plenitud de actuar bajo las formas del Derecho positivo.

La comprensión de los derechos humanos supone muy especialmente esa fundamentación pero también el conocimiento de la positivación jurídica de esas pretensiones justificadas —no derechos morales— que son los derechos humanos en su dimensión ética.

IV

Si tenemos en cuenta todo ese largo proceso histórico, con independencia de sus reveses, de sus progresos y de sus retrocesos, sin creer, con un ingenuo progresismo, que la historia siempre camina hacia mejor, hay una idea, la de libertad, que está en la raíz de muchas reflexiones, de muchas explicaciones y se expresa como causa o razón de los derechos humanos en múltiples textos y documentos. Si se quiere agotar más el tema le vemos concurrir con la idea de igualdad, y desde mi punto de vista una reflexión racional no lleva al enfrentamiento de ambas, sino incluso a su posible integración. Aparecen también como consecuencia de una idea central en la concepción humanista, que es la de la dignidad humana. Libertad e igualdad como consecuencia de la dignidad, se expresan, en muchas ocasiones, como raíz de los derechos humanos.

Me parece que el concepto de libertad e igualdad, o de libertad igualitaria, preferiría decir yo, puede ser el concepto clave, el resultado de esa construcción racional sobre los rasgos de los derechos humanos que se instalan en la cultura jurídica y política moderna, y se puede constatar que se ha hablado y escrito mucho sobre él, y persiste aún

confusión y mezcla entre diversos sentidos, todos más o menos interesantes, para la fundamentación de los derechos humanos. Si partimos de la hipótesis de que el esfuerzo por racionalizar todos los fenómenos históricos, en los que aflora esa idea de los derechos humanos, desembocan en la formación de un concepto más abstracto, que los resume en la idea de libertad, aclararlo, delimitar esos diversos significados y constatar cual es la relación de todos ellos con los derechos humanos, podrá contribuir a la comprensión de su fundamento.

Se pueden distinguir, a mi juicio, tres sentidos diferentes de la palabra libertad tal como ha sido usada a lo largo del tiempo. Todos están ligados en la cultura humana, aunque diacrónicamente no aparecen al mismo tiempo. Uno de ellos resume la idea de los derechos humanos y los otros dos se complementan e inciden al mismo tiempo en la comprensión de la libertad como fundamento de los derechos humanos.

Empezando por los dos últimos sentidos podemos hablar de la libertad psicológica o libertad de elección y de la libertad moral o como autonomía moral.

La libertad psicológica es un dato de la condición humana, ciertamente discutido desde las diversas posturas deterministas, pero presente en la historia del pensamiento, e imprescindible para explicar muchas dimensiones de la cultura e incluso la propia historia.

Es la libertad de elección que nos permite escoger entre diversas posibilidades y que, junto con otros rasgos, como el lenguaje o la capacidad de abstraer y de construir conceptos generales, nos distingue de los demás animales. Por eso, Max Scheller decía que el hombre es el único animal capaz de decir no. Esta libertad es objeto directo del estudio de la psicología y de la antropología, aunque para la filosofía, especialmente para la filosofía moral, es también importante.

Lo que hemos llamado libertad moral es una meta, un fin, un ideal a alcanzar, quizás la utopía de la condición humana. Aparece en la historia del pensamiento a veces como la emancipación de la necesidad, como la libertad del hombre que ha superado las pasiones, con las necesidades básicas resueltas y la encontramos expresada en distintas tradiciones filosóficas, en Sócrates, en Spinoza, en Kant, en Maritain o en Bloch. También en la teología, tanto protestante como católica se ha distinguido entre la libertad de hacer algo y la libertad de liberación. Ideas como superación de la alienación o emancipación de la condición humana serían próximas a lo que aquí hemos llamado

libertad moral. Para toda ética teleológica o consecuencialista, la idea de una libertad del hombre como fin, aparece como objetivo común. Es equívoco hablar de esta libertad autonomía como el único derecho natural innato, porque no es un punto de partida, sino un punto de llegada, igual que lo es hablar de derechos morales como derechos innatos. Lo innato es la libertad de elección, y no parece que le sea de aplicación la idea de «derecho natural». Es una razón más, a mi juicio, para dejar a un lado, porque confunde más que otra cosa, la idea de los derechos naturales innatos, o del derecho natural innato único como en Kant.

Estas dos ideas de la libertad son, a mi juicio complementarias, y así aparecen en autores como San Agustín que hablaba de la libertad menor y de la libertad mayor, respectivamente, en el Bloch de «Derecho Natural y dignidad humana», o en Maritain que distingue entre libertad de elección en un caso y libertad para el bien, libertad de exultación, libertad final o libertad del humanismo integral en el otro.

Creo que sólo se pueden entender cabalmente en relación, en una dinámica humana que se inicia en la libertad de elección y se dirige hacia la libertad moral. En eso consiste la empresa de ser hombre (Lain) o lo que se ha llamado por el personalismo el desarrollo de la condición humana. Así la libertad de elección es el fundamento de la libertad moral: sólo podemos hablar de libertad moral porque podemos elegir libremente. Por su parte, la libertad moral es la razón de ser de la libertad de elección: sólo hay libertad de elección con sentido, si existe la libertad moral como meta, y por eso sólo puede ser una meta histórica que cada hombre pretenda alcanzar en su vida situada en el tiempo.

La tercera acepción es la que más nos interesa, pero veremos que su comprensión sólo puede venir con su integración plena e interrelacionada con la libertad de elección y la libertad moral.

La podemos llamar libertad social, política y jurídica, tiene como ámbito de acción la sociedad civil, el Poder y el Derecho, y es la síntesis de los derechos humanos. Es la consecuencia de la elaboración racional basada sobre todo el material de los derechos humanos que han ido aflorando en la historia a partir del tránsito a la modernidad.

Las dos primeras se encuentran ya en la Edad antigua y media, mientras que ésta última es un concepto histórico propio del mundo a partir del Renacimiento. A través de su desenvolvimiento en los derechos humanos, el hombre moderno pretende poner la sociedad, el

Poder y el Derecho, al servicio del dinamismo de la dignidad humana. Es la forma moderna de realizar en sociedad la mediación entre libertad de elección y libertad moral. Es por consiguiente una idea de libertad instrumental o medial.

El fundamento de los derechos humanos es la realización de esa función de la libertad social política y jurídica como cauce del desarrollo de la dignidad humana que supone el dinamismo de la libertad de elección a la libertad moral. Es decir, con otras palabras, que la raíz moral de los derechos humanos, de la libertad medial que llamo social, política y jurídica, su fundamento ético es su mediación para el proceso que hace posible la realización de la autonomía moral del hombre. No es por ser derechos morales, es decir, por arrancar de la moralidad, sino por hacer viable la libertad moral, la plenitud humana posible en la historia, por llegar a la moralidad.

Si se rompe el dinamismo de la libertad de elección a la libertad moral y se produce un reduccionismo que desconozca una de las dos, sufrirá también como veremos la libertad social, política y jurídica. A lo largo de la historia, la mezcla de los tres sentidos de la libertad o este reduccionismo que señalamos han sido muy negativos y han incidido en la confusión e incluso en la manipulación de la idea de derechos humanos.

Cuando se desconoce la libertad de elección y se resalta sólo la libertad moral, la consecuencia es el dogmatismo, la única solución correcta en la terminología de Dworkin. El uso del término «derechos morales» puede potenciar ese reduccionismo, y en todo caso conduce a una vuelta al iusnaturalismo racionalista con catálogo de derechos morales incluido. Hay un libertad moral que tenemos que alcanzar, y no somos libres para hacerlo o no. Se nos puede imponer la libertad moral incluso contra nuestra voluntad. Las vanguardias clarividentes, los gobernantes iluminados que conocen el sentido de la libertad moral, nos obligan a dirigirnos hacia ella. No podemos elegir. Mariano Moreno, un procer de la independencia argentina, lo explicaba con clarividencia: «[...] Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos a la libertad». La expresión política de este reduccionismo es el totalitarismo. La libertad social, política y jurídica como andamiaje para pasar de la libertad de elección a la libertad moral, carece de sentido y desaparece. No es el hombre el que pretende alcanzar la libertad moral, es el Estado, el partido o el filósofo clarividente como en Platón, el que le marca el camino. Todo el poder está en



El viejo judío (1903). Pablo Picasso (fragmento)

quién tiene la llave de la libertad moral, especialmente el Estado, el individuo o los grupos que éste pueda crear, no tienen ningún poder.

Cuando se desconoce la libertad moral y se resalta la libertad de elección, la consecuencia es el escepticismo. Es la elección sin meta, la elección por la elección. No hay objetivo a alcanzar ni fin a conseguir. Se llega al nihilismo cuando no se encuentra sentido a la elección, cuando ésta no tiene el incentivo de alcanzar la libertad moral. Tiene dos tipos de expresión política. La primera, que podemos llamar moderada conduce al modelo del Estado mínimo. La libertad social, política y jurídica no desaparece totalmente en este caso, pero se reduce a una de sus partes, la libertad como no interferencia, que sólo debe hacer posible la desaparición de trabas sociales a la libertad de elección. La segunda, la radical, conduce al anarquismo y por consiguiente la libertad social, política y jurídica que es una libertad a través del Derecho, desaparece. Todo el poder está distribuido entre los individuos y no hay poder del Estado. Es el punto de partida del Estado de naturaleza o el punto de llegada de la sociedad comunista.

En los dos reduccionismos, o el poder está todo en el Estado, y ésta es la raíz del totalitarismo, o el poder está en los individuos que componen la sociedad civil, y ésta es la raíz del anarquismo. Sólo cuando coexisten las tres dimensiones de la libertad, y la libertad social, política y jurídica es, a través de los derechos humanos, el cauce para la realización de la dignidad humana, desde la libertad de elección hacia la meta de la libertad moral, el poder está distribuido entre el Estado y los individuos, o dicho de otra manera, el poder del Estado está limitado por los derechos humanos, formas de poder del individuo, y de los grupos que éste constituye, y a su vez se forma con la participación de los ciudadanos, derecho político fundamental. Esa es la raíz de la democracia.

En la historia de la cultura moderna nos podemos encontrar con otro reduccionismo, al margen de la relación libertad de elección libertad moral. Me refiero al reduccionismo de la libertad jurídica a libertad moral. La libertad jurídica en ese caso no es una creación del Derecho para hacer posible el dinamismo de la libertad y alcanzar la autonomía moral, sino que es en sí misma libertad moral, un modelo normativo previo que constituye el modelo de moralidad diseñado para conducir al hombre en su realización moral. Son los derechos naturales o los derechos morales. Es una solución normativa correcta pro-

ducto de la razón, y en este sentido la libertad de elección se convierte, exclusivamente, en una libertad de adhesión. Si esta adhesión al modelo de los derechos naturales o morales se produce, si el hombre sigue el buen camino alcanzará la meta de la moralidad; si no lo hace se desviará y errará confundido sin encontrar su realización. Si vemos el tema desde el punto de vista del poder, incluido el poder democrático, tendrá que aceptar esa libertad moral normativa, como previa, como indiscutible. Se producirá una juridificación de la libertad moral y una moralización de la libertad jurídica, y el esfuerzo de una moralidad del individuo utilizando su libertad inicial o psicológica para escoger un camino, que no sea sólo subjetivo, sino susceptible, que convertirse en modelo general, se difuminará. También por consiguiente la libertad de elección perderá aquí su sentido, con lo que de alguna forma estamos en el reduccionismo de la libertad de elección a libertad moral, y el peligro del dogmatismo aparecerá en el horizonte.

Las consecuencias de este reduccionismo serán la desaparición de la autonomía de la libertad jurídica, con su disolución en libertad moral —derechos naturales y derechos morales— en el marco de una destrucción de una de las ideas fuerza del mundo moderno, la distinción entre Derecho y Moral, y consiguientemente de la fuente autónoma de producción del Derecho, en la soberanía popular, en las múltiples formas de producción estudiadas en la Teoría del Derecho, dependientes de la norma básica de identificación de normas, y en última instancia en el hecho del poder como hecho fundante básico. En este sentido estamos ante un reduccionismo antimoderno, y hablar de derechos naturales o de derechos morales hoy nos devuelve al problema de la verdad política y jurídica, a los contenidos de esa verdad, catálogo de los derechos y a la fuente de su autoridad, Dios o razón, con lo que recreamos los problemas teóricos que suscitó el iusnaturalismo racionalista. Éste es además, como se ve, un reduccionismo basado en el olvido de la historia que reproduce una vez más la necesidad de seguridad que es uno de los anhelos más permanentes del género humano, desplazando el protagonismo del individuo y de su libertad de elección, y el protagonismo del Derecho y de la libertad jurídica, en el esquema que proponíamos como expresión más real de las dimensiones de la libertad. Aunque parezca paradójico empobrece y empequeñece al esfuerzo del hombre por alcanzar la autonomía moral. El fenómeno del fundamentalismo, más fuer-

te si sus cultivadores son relativistas o analíticos conversos, vuelve a aparecer por esta vía en la filosofía del Derecho. Esta relación entre la libertad de elección, la libertad moral y la libertad social, política y jurídica que hemos esbozado, no es una relación estática sino dinámica, es compleja y rica y está en permanente creatividad. Ni está determinada ni está cerrada. Es obra del esfuerzo o del hombre en la historia. También desde esta perspectiva nos aparece nuevamente la historia abierta, en la comprensión prospectiva de los derechos humanos. No lo es sólo para poder explicar el pasado. Lo será también para poder entender el futuro.

V

A través de la reflexión sobre la libertad social, política y jurídica, se puede racionalizar y sintetizar todo el movimiento histórico de los derechos humanos. Así se podrá entender, de forma sistemática, el modelo cultural de la cultura política y jurídica moderna que llamamos derechos humanos. Me parece que este tipo de perspectiva facilita su comprensión global. La libertad social, política y jurídica, o simplemente la libertad jurídica son los derechos humanos, y eso es lo que interesa aquí, aunque tiene también una dimensión de organización, o estructural, y en ese sentido la libertad jurídica es igualmente principio de organización de los poderes en la sociedad democrática.

De todo el material de los derechos humanos, que encontramos con ese análisis racional, pensamiento político, moral o jurídico, movimientos sociales para la consecución de esos ideales, influencias intelectuales, culturales, económicas o políticas, textos de Declaraciones, Tratados, Constituciones, e incluso en los contramodelos que se oponen a su implantación y en la represión y persecución que generan, podemos construir tres modelos parciales de la libertad social, política y jurídica, con aportaciones y orígenes que permiten su distinción. Algunas posiciones han pretendido incluso reducir esta libertad a alguno de ellos, aunque para mí su concepto deriva de la integración de todos, en una dimensión abierta hacia nuevas aportaciones en el futuro que ahora no podemos prever.

El modelo liberal de libertad es el primero en la historia, y utiliza como vehículo cultural inicial la ideología del iusnaturalismo racionalista. Es la idea de libertad como no interferencia, como creación de un espacio libre a través del Derecho para el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada. Su refle-

jo objetivo, en el modelo de poder político, es la aparición del Estado Liberal y su repercusión jurídica, las primeras Declaraciones de Derechos.

Es la libertad de hacer lo que se quiere, la libertad concebida como límite al poder. Comprende las libertades y derechos individuales —libertad de pensamiento, de expresión, religiosa, etc.—. Las garantías procesales —proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa— algunas dimensiones de la igualdad formal, como generalización de los destinatarios de las normas e igualdad procesal, y el derecho de propiedad como garantía de la independencia individual. Es la libertad que Constant llama, sesgadamente, de los modernos.

El modelo socialista de libertad es el último en el tiempo. Pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma a las dimensiones con imposible contenido igualitario como la propiedad. Pretende crear las condiciones para que todos puedan disfrutar de las demás dimensiones de la libertad. Pretende, en definitiva, extender a la clase trabajadora los beneficios de la revolución liberal. Está impulsado por el socialismo reformista, que desde Blanc, Lasalle, Bernstein, los austro-marxistas y en España Fernando de los Ríos o Besteiro, pretende integrar el ideario socialista, con las conquistas progresivas del Estado Liberal: parlamentarismo, Estado de Derecho, derechos humanos.

Es la libertad para crear las condiciones reales y efectivas para la generalización del disfrute de la libertad. No pretende, por consiguiente, ser excluyente, sino compatible con el modelo liberal y con el democrático que analizaremos posteriormente.

Históricamente incluye a los derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión creativa, y excluye de la condición de derecho humano a la propiedad. Pretende, desde el punto de vista de la libertad, avanzar en el objetivo de la igualdad material, contribuyendo a la satisfacción de necesidades básicas. Recientemente, sobre la base de planteamientos de raíz marxista, como en Agnes Heller, o desde posiciones de filosofía moral y política angloamericana, como la de Bell o de Galtung se ha pretendido una fundamentación de los derechos sobre las necesidades. Es una tesis sugestiva que yo mismo he contemplado, pero que si se profundiza es insuficiente. Más razonable parece situar a las necesidades, en algunos casos, como situaciones de no derecho, que exigen ser resueltas. Es la reflexión por el disenso ante la existencia de situaciones de necesidades básicas no resueltas

la que produce la construcción de esta dimensión de los derechos humanos. Esta libertad, por consiguiente, es una libertad prestación que exige comportamientos positivos de los poderes públicos. Su reflejo objetivo en el poder político es el Estado social de Derecho y su repercusión en el Derecho, la ampliación de sus funciones a la que Bobbio llama función promocional, y la consolidación del Derecho del Trabajo.

El modelo democrático de libertad, es posterior al liberal y contemporáneo al socialista. Pretende fundamentar y organizar la participación de los miembros de la sociedad civil en el poder político. Constituye una de las dimensiones más importantes de la comunicación entre la sociedad civil y el Estado. Supone la libertad de participar en la creación de la regulación y del ejercicio de la libertad de hacer lo que se quiera (modelo liberal) y de crear las condiciones para que todos puedan beneficiarse de la libertad (modelo socialista). Favorece la incorporación al Parlamento de los sectores vinculados a la clase trabajadora.

Su repercusión objetiva en el poder político es ser la principal fuente de legitimidad democrática, cauce para la representación de la soberanía y para la formación del sistema parlamentario. La relación que establece entre la sociedad civil y el Estado, dificulta los reduccionismos estatistas o socializadores, que pretenden respectivamente la hegemonía del Estado o de la sociedad civil y la incomunicación entre ambas. Su reflejo en el Derecho será el reconocimiento del derecho de asociación, el sufragio universal y el derecho a la participación política.

VI

Los derechos humanos, entendidos con la integración de esos tres modelos parciales (liberal, socialista y democrático) se fundamentan en su condición de instrumento necesario para la realización del dinamismo que conduce desde la libertad de elección a la libertad moral, del proceso de emancipación que es la vocación de realización de la condición humana. La caracterización de los tres usos principales de la palabra libertad en la cultura moderna, algunos arrancando de momentos históricos anteriores, pero la libertad social, política y jurídica, como un concepto propio del mundo moderno, nos ha permitido llegar a esta conclusión. Si la meta de la plenitud humana no se produce con el hombre aislado, ensimismado en la terminología de Ortega, sino que necesita de la sociedad para su afirmación, como sostiene permanentemente una tradi-

ción cultural, no contestada, salvo excepciones muy escasas, y si esa plenitud, la vida moral, se identifica con el recorrido que lleva desde la elección libre de diversas alternativas a los fines elegidos libremente como metas de realización personal," con un fundamento suficiente para ser propuestas como fines de las demás personas, los derechos humanos son las condiciones sociales de libertad igualitaria que hacen posible la moralidad humana. Necesitaban poder ser propuestos como objetivo generalizarse a todos para no incurrir en un subjetivismo. Aquí se entronca en la idea kantiana de que puedan convertirse en un modelo universal. En ser, en la sociedad moderna, el espíritu con fuerza que guía una forma de organización política y jurídica, la sociedad democrática, que permite y favorece una vida humana moral, está el fundamento de la libertad social, política y jurídica, es decir, de los derechos humanos.

Pero como decíamos al principio, comprensión de los derechos humanos es algo más que su fundamentación. Supone entenderlos y explicarlos en su dimensión inicial que se concreta, principalmente en el estudio de su fundamentación, y también en su realización plena a través de su incorporación al Derecho positivo. Su fundamentación incluye y presupone que son un instrumento social, a través del Derecho para la posibilidad de la moralidad de la vida humana. La comprensión incluye el estudio del Derecho positivo de los derechos humanos, sus fuentes, sus garantías, es decir su estructura y también las funciones que realizan. La existencia de esa dimensión positiva y su inclusión en el concepto de derechos humanos, a través de su comprensión integral va a permitir entender su fundamentación, sin limitarla o restringirla al plano ético. Será una fundamentación ética pero que comprende que su objeto, los derechos humanos, no lo son plenamente, y por consiguiente, esa fundamentación no tendrá virtualidad, hasta que forman parte del Derecho positivo y pueden ser eficaces en la creación real de condiciones que hacen posible la acción moral, la comunicación entre la libertad de elección y la libertad moral. Cuando nos encontramos con pretensiones morales justificadas y que podrían contribuir a facilitar el dinamismo de la libertad, y a alcanzar la libertad moral, pero no podemos positivizarlas, incorporarlas al Derecho positivo, ni ahora ni previsiblemente en el futuro, no podemos pensar esas pretensiones como derechos humanos. Ahora no se trata de estudiar en concreto esta situación, aunque probablemente la escasez sea la razón, la ma-



los amantes (1923). Pablo Picasso (fragmento)

yor parte de las veces de esa imposibilidad. Se trata sólo de explicar cómo hablar de derechos humanos supone hablar de una realidad integrable en el Derecho positivo como un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad. Moral y Derecho se distinguen, y es positiva la línea que inició Tomasio, pero no se separan y el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección.